

## 博士論文の概要

### 題目；「日本における不当利得類型論の可能性と返還義務の構造」

#### 1. 本稿の目的

- (1) 日本における不当利得論は、1980年代から類型論が有力化し、現在では、学説上通説化、その立場はゆるぎないものとなったと考えられている。

しかし、他方で、裁判所を中心とした実務では、不当利得に関する事件は多数に上るにもかかわらず、具体的結論を導く際に類型論に立って判断されるという事態には至らず、依然として類型論以前の我妻説を基本的立場とした判断がなされている。10年以上前に、すでに類型論が学説上通説化していたにもかかわらず実務では類型論が受容されず、実務界からは、むしろ、根本的に類型論の存在意義に疑問を呈する声すら依然として聞こえてくる状況と言っても過言ではない。

- (2) このような事態に対して、現在の不当利得学説の主流は、どちらかといえば、「類型論の正当性に対しては疑いを持たず、さらなる深化をめざして比較法的視点からあるべき日本の不当利得論を模索する」という立場にあるといえる。

しかし、「類型論の正当性は疑いがない」という前提のもと、類型論自体を検証する傾向は、類型論自体の深化が表層的なものになるのではないかと、という危うさが伴うように思われる。これまで形成されてきた日本における不当利得類型論について、現実の実務の対応及び学説の状況を踏まえて検証し、不十分な点があればそれを顕在化するとともに修正、深化させようという前提のもと、検討することが必要なのではないだろうか。

また、このように実務になかなか受容されないままになっている原因としては、類型論自体が抱える課題があるからではないか、その課題を明確にし、日本に合った類型論を構築することこそ、その課題を乗り越える方法ではないか、このような問題意識が本稿の根底に存在している。

- (3) そのうえで、日本類型論の生成発展過程を見つめ直すことを出発点として考察を加え、日本類型論の課題を認識しつつもともと有していた日本類型論の持つ可能性及び新たな動向にみられる可能性に着目し、課題を乗り越える方向性を探るのが、本稿の目的である。

#### 2. 本稿の構成と内容

- (1) 上記の目的のもと、本稿の構成としては、第一に、日本類型論の実体を探ること、第二に、類型論の課題を明らかにすること、第三に、日本類型論のあるべき姿をさぐることに、という三つの章に分けて考察を加えた。以下、その概要をしめす。

(2) 第1章では、これまでの不当利得学説の流れを確認することによって、日本類型論とドイツ類型論の差異を再確認するとともに、日本類型論の形成・発展期の代表的見解を掲げ、論点ごとに分析検討することによって日本類型論の実体を少しでも明らかにすることを試みた。具体的には、以下の通りである。

ア まず、日本類型論の展開について、検討を加えた。すなわち、日本の類型論がドイツにおける類型論の強い影響を受けて展開してきたことを踏まえて、ドイツにおける類型論の流れを示すとともに、ドイツの類型論が日本に紹介されたときの日本の学説状況を確認する。ドイツ類型論を本格的に日本に紹介したのは川村泰啓教授であるが、紹介時点において、日本ではドイツのように、{統一説→類型論}という流れで学説が展開してのではなく、むしろ、{類型的考察→統一説}といった流れで学説が展開していたこと、川村教授の紹介は、非常に体系的視点が重視されたものであったこと、また、我妻衡平説が、類型論の存在を一定程度受容したうえで、衡平説を維持したことを示した。

そのように学説状況がドイツと日本とで異なり、それが日本類型論の特徴にも反映されたのではないか、という視点のもと、日本類型論を基礎づける特徴は、「財貨移転秩序と財貨帰属秩序」という体系的視点の重視にあったといえること、さらに、日本における不当利得類型論と我妻衡平説の対立軸の曖昧さが指摘する。そして、対立軸の曖昧さは、日本においては、「不当利得の本質を統一的に説明基礎づけるという問題」と、『法律上の原因』の内容を統一的に説明すべきか否かという問題」とが明確には区別されないまま議論がなされる、という点にも表れたのではないか、という点を指摘する。

イ 次に、我妻衡平説と日本類型論の位置づけを明確にするなかで、日本類型論の位置づけを明確にすることを試みた。方法論としては、我妻衡平説のほか、日本類型論の代表的論者を掲げ、その主張を概説したうえで、論点ごとに横断的な分析を試みることを試みた。そして、代表的論者としては、この時点では不当利得類型論の形成・発展期と位置づけ、加藤雅信説、鈴木禄弥説、四宮和夫説を検討することとした。

このような学説の検討によって、①類型論に立った場合、各類型の機能を探究し体系的に異なる機能を有すると考えることと、「法律上の原因」の内容を統一的に説明することができるかどうかという問題とは、必ずしも同じレベルの問題ではないと考えるべきではないか、という方向性を導く。そして、この点に関しては、四宮説が、不当性の内実は法律上の原因の欠如にあるとし、類型論に立ってその解明を試みるものの、他方では、「配分的正義」という統一的な意義づけを示している一方で、加藤説は、法律上の原因の有無を「具体的法律関係の存否」に引き付けて統一的に不当利得を説明するし、体系化による硬直性を、「類型化」ではなく「機能分析」として示すことで克服しようとしている点が参考になると考えられた。

また、②給付利得類型について、その機能の中心が「いったんなされた法律関係を、それがなかった状態に戻す」、いわば巻き戻しの清算にあることは、我妻衡平説以外は一致しており、表見的（あるいは基礎的）法律関係の反映に、類型論の説得性が存在する一方で、給付利得類型における返還義務の範囲決定については、加藤説のように「中立的」に考える立場もあれば、鈴木説や四宮説のように、帰責性等の事情を考慮する見解もあり、類型論といっても、その点に関しては、論理的な必然性はなく、対立が激しいことを示した。また、給付利得について、さらに類型化をする見解と、そうでない見解が存在するとともに、さらなる類型化を図るとしてもその類型化の内容は、論者によって異なることも指摘する。

（３）第２章では、第１章での学説の検討を踏まえ、日本類型論の課題を導くことを中心とし、主に三つの方向性から検討する。

ア 一つは、我妻衡平説が提示する課題を示すことを試みた。

我妻衡平説については、前述のように、類型論が紹介されたあとも、一部修正したものの、敢えて自覚的に衡平説を維持したという経緯から、類型論の課題を認識していたと考えられる点を重視した。

そして、結論としては、我妻教授は次のような点を示しているのではないかと指摘する。すなわち、一つは、「給付利得類型以外の類型を考えたとしても、それはあまりに多様なケースを含むものであり、それらを統一して理論づけることはできず、類型化して説明する意義に乏しいのではないか」、という点である。もう一つは、「類型化して説明する意義が乏しいからこそ、不当利得の統一的基礎づけが重要であって、公平の理念とは、不当利得において、具体的考察における指針を示すものに他ならず、類型論は不可能なことを試みるだけで実際に役立つ指針を示せていないのではないか」という認識に我妻教授は立ち、「統一的基礎づけの必要性を認識する一方で、統一的基礎づけを軽視するような類型論は問題があると考えられていた」のではないかという点である。

イ 二つ目は、実務の動向から課題が窺われないか、検討を試みた。

実務から提起された課題としては、東京高裁平成２１年１２月２１日判決（判例時報２１００号４３頁）及び最高裁平成２１年４月２４日小法廷判決（民集６３巻４号７６５頁）を取り上げた。近時は、過払金返還請求事案が不当利得事案としては専らであり、不当利得が裁判上で主要な争点として扱われるものが公刊上、少ない中、この２件については、「法律上の原因」の有無が争われており、参考になると考えた。そして、このいずれもが、不当利得返還請求権の成立の問題として「法律上の原因」の有無が争われ、「法律上の原因」の判断を、「具体的法律関係の有無」という点で考えても判断がつかないため、紛争となっている点を指摘する。結局、社会の変化のスピードが速くなっていることや、法制度の変化にともなって不当利得の問題が生じることは必然であること、そうであるとする、「法律上の原因」の

判断を、「具体的法律関係の有無」という点で考えるのは限界があり、実際にもそぐわない、ということを確認する。

さらに、近時多発する過払金返還請求訴訟についても、検討する。これについては、①そもそも不当利得論の問題と考えるべきであろうか、②給付利得類型であるとして、給付利得における更なる分類の必要性や要件論効果論を考えるヒントになるのではないかと、といった点に着目する。すなわち、①については、過払金返還請求権は、不当利得の問題として正面から考えるに値するのか否か（政策的な要素が多すぎるのではないかと）、という点で問題になるものの、実務上、不当利得事案のほとんどを占めているという点を考えれば、給付利得の重要な一場合であると考えべきであることを示した。また、②については、裁判上、「悪意の受益者」の意義を中心に問題となったことを考え、「悪意の受益者」という要件も、給付利得で機能を有する場合があるのではないかと、また、過払金返還請求事案のように、違法により法律上の原因が否定された場合には、通常の給付利得の清算方法とは異なるのではないかと（受益者たる消費者金融会社と個人消費者の立場の違いなどが判断に影響を与えているのではないかと）といった点を踏まえて、「給付利得類型のさらなる分類的考察の必要性」「具体的判断基準の提示必要性」「要件論を再考する必要性」を導く。

ウ 三つめは、解除との関係について考察を加えた。

鈴木禄弥教授が、自らの解除の効果に関する立場を改説してまで、給付利得論の体系化を試みたという事実が存在することに関し、鈴木教授は、表見的法律関係を反映させるという給付利得における考え方の発展的な可能性に注目したものと考えられる。そして、日本民法をその潮流において発展的に深化させるべきだと考えたのではないであろうか。その意味では、この鈴木教授の改説という態度に、日本類型論の課題の一つが示されているように思われる。

さらに、鈴木教授は、「解除」を「無効・取消し」に近づけて考えられたが、表見的法律関係の反映ということを重視するのであれば、むしろ、「無効・取消し」が「解除」に近づくと考えるべきと考えられるのであって、「表見的法律関係の反映」という点に重きを置き、それに基づく双務契約の清算という点を強調するのであれば、むしろ、「解除」こそが、「契約関係の清算」の基本型と考えうることを指摘した。

エ そして、三章につなげるため、まとめとして日本類型論の課題から導かれる基本姿勢を示す。そこでは、①体系的視点の必要性和柔軟性（類型化を厳格にすることによる弊害を避けること）との両立を図る必要性があること、②給付利得類型について、さらなる分類のありかた、効果の精緻化といった点を再考する必要性があること、③日本に合った不当利得論の可能性が開かれていることを提示する。

（４）第３章では、第１章と第２章の議論を踏まえて、日本類型論の可能性と返還義務の構造について、検討を加える。

ア まず、日本に合った不当利得論の可能性をさぐるため、可能性を示す素材を提示

する。

(ア) 第一に、日本における新たな学説の展開を示し、ここでは、近江幸治説と給付利得類型における利益調整要素を示す見解を示す。

近江幸治説は、「不当性」（あるいは「法律上の原因の有無」）について、「具体的な法律関係の存否」に限定せず、社会的公平の観点から考察する柔軟性を示しつつ、それを実定法レベルとして考察する可能性を示している点で画期的であるとともに、返還法理として、返還の前提となる法律関係を考えるという視点を示しており、日本類型論の課題を克服する可能性を秘めている点を指摘する。

給付利得類型における利益調整要素を示す見解としては、藤原正則説や松本説、ひいては鈴木禄弥説が示し、給付利得類型の効果論について、「表見的法律関係の反映」というだけでは不十分であるという問題意識を改めて提示する。

(イ) 第二に、ドイツ学説と、英米法学説の展開を示す。

ドイツ学説については、ドイツにおいて、「ドイツの新統一説登場の動き」が松坂佐一教授によって紹介されていることに着目するとともに、新統一説と類型論の対立は、日本における我妻説と類型論の対立とはそもそも異なる面があり、そこに、日本類型論の可能性が見出せるのではないかと、いうことを導く。

英米法の対応については、英米法下の不当利得たる **unjust enrichment** について、ドイツの影響を受けるという点では日本と共通する部分はあるものの、受容の過程で、日本と異なる反応をどのように示しているのか、それが、日本類型論の課題克服のヒントを示すのではないかと、いう視点から紹介する。そして、「バークス教授の受容のしかた（イギリスに合った不当利得論を目指す）」「エミリー教授の指摘（理論に縛られると創造的でなくなってしまう）」について、これらは、日本不当利得論の課題克服の側面と共通する点を見いだせるのではないかと、日本に合った類型論を見出すことが、日本類型論の可能性を示しているのではないかと、いうことを導く。

(ウ) 第三に、近時進められている債権法改正の動きについても着目する。すなわち、不当利得については、直接は改正の対象となっていないものの、無効や取消等において、給付利得類型の清算にかかわる条項を入れることが検討されている。

そして、これは、①一般条項が不要だという方向性につながる面を有するとともに、②給付利得の効果の精緻化を議論するきっかけにもなりうる。すなわち、個別に処理できる規定が存在すれば、一般条項を定める必要性がなくなるであろうと考える可能性があるとともに、無効や取消の効果を経緻化する条項は、今まで存在していなかったものを定めることになるので、さらに具体的な判断基準をしめすべきか、具体的な判断基準は敢えて示さない方がいいのか、現に議論がなされている。このような債権法改正の動きは、これまで論じてきたような類型論の課題を反映するとともに、その試案作成過程での議論には、少なくとも求償利得

類型の効果の精緻化の要請を示すものが多く、その意味で参考になるといえよう。  
イ そして、最後に、考えられる返還義務の構造と給付利得類型の効果論の精緻化について、考察する。

(ア) まず、不当利得とは、返還に関わる場面であるため、表見的法律関係の反映といっても、それはあくまで返還法理であるということを確認すべきである。

「表見的法律関係の反映」ということを重視すると、返還関係のことを論じているにもかかわらず、表の法律関係を重視するかのように考えがちである。しかし、あくまで返還法理であると考えるべきであろう。そして、この点に関しては、近江幸治説が、返還法理を示すとともに、加藤雅信説なども、表見的法律関係を100パーセントの反映させるのでは不都合が生じるので、中間的な処理になることを示していることから、一定の賛同を得られる思考であると考えられる。

(イ) 次に、類型論の特徴である体系的視点については、近江幸治説が、表見的法律関係とは別個に、返還関係において、前提的法律関係が存在し、表見的法律関係が存在しないと考えられる、いわゆる他人の財貨からの利得類型においても、「前提的法律関係」が存在すると考えることで、統一的に考えることができることを示している（加藤説も、返還関係という点を近江説ほど強調していないが、同趣旨と考えられる）。この発想は、類型論の抱える課題として、類型化に伴う硬直性の点が挙げられるものの、これを克服する可能性を秘めている。すなわち、返還関係として考えるならば、給付利得とその他の利得類型が全て「前提となった法律関係」を「反映させる」という形で、体系的視点も加味しつつ、具体的に妥当な結論を導く可能性が示されることになるといえる。これは、これまでの類型論が重視してきた、「表見的法律関係の反映」を発展的に考え、「前提的法律関係の反映ということに昇華させたことにほかならないのではないか」と考えることを指摘する。そのように考えるならば、これは、日本類型論が重視してきた体系化を返還関係に反映しつつ（例えば、所有権規範に基づく処理をすべき場合であれば、そのようにすることができる）、体系化（類型化）に伴う硬直性については、「前提的法律関係の反映」と考えることで柔軟に対応することが可能となる（例えば、これまでの判例では争点にならなかった点が争われ、どの類型として考えればよいのか、不明な場合でも、まず類型化をしなければ効果を考えられないという不都合性は存在しない）。そして、これは、「反映」という概念を明確化したと考えることもできるのではないかと。

他方で、一般条項を規定することにより、類型論の有する硬直性を克服することも考えられる。類型論の体系を、より柔軟なものと考え、「配分的正義」といった統一的説明を踏まえた一般条項を示すことにより、これまで生じなかった新たな事案についても、柔軟に対処できることになる（加藤雅信教授が示す、ドイツ連邦司法省から発行された『債権法改正のための鑑定意見および諸提言』の第5章

一般条項（Genenralklausel）も、この可能性に着目したものといえるのではないか）。

（ウ）さらに、そのうえでさらに、給付利得類型における判断基準の精緻化と要件論について検討する。すなわち、給付利得類型について、「表見的法律関係の反映」という標語によって、具体的な結論が導けるかのような印象を与えることがあるが、これまでも類型論者が自覚してきたように、それだけでは具体的な処理をどのような範囲ですればいいのか、実は導くことができない。

それゆえ、加藤雅信説のように、判断基準を示すことはできないとして事案の研究を試みるというアプローチと、藤原説のように、一定の判断基準を示そうとするアプローチが考えられるが。加藤雅信説では、結局は、実務においては、裁判官の裁量のみによって決せられるようになる危険性が高いのではないか。ここは、開かれた基準として、判断要素を提示できるよう、検討を重ねるべきではないであろうか。

（エ）また、判断要素の提示とも関連するが、給付利得類型といっても、過払金返還請求事案のように金銭消費貸借契約の場合には、金銭の不当利得が当初から問題になり、それは要件論として問題にした方が、当事者間の争点も明確になると考えられる。そのため、給付利得といってもそれをさらに分類し検討を加える必要があるのではないであろうか。その際、あくまでも返還関係であるので、返還に向けた動因となった「法律上の原因を否定する理由」を重視し、違法を理由として法律上の原因が欠如する場合などでは、ニュートラルな返還関係というよりも、法律上の原因を欠いたことについて、帰責性があるかといった点を考慮に入れるべきではないであろうか。そして、704条の「悪意の受益者」の認定に関して、それを考慮することもできるのではないであろうか。（704条は、「悪意の受益者」について、法律上の原因を否定する原因とそれについての受益者の帰責性等の事情の相関関係により、返還すべき利得が増大することを予定した規定と考えることもできるのではないか）。

以上